

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***REFLEXIONES ACERCA DE LOS ALCANCES DEL ART. 1358 DEL CÓDIGO CIVIL. ANTECEDENTES, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA (\*) (448)***

ELÍAS BERENGAUZ, ORIETA E. PONTORIERO DE MACHLINE y  
RICARDO GLOT

**SUMARIO**

I. Régimen jurídico. II. Estado actual de la doctrina. III. Jurisprudencia. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

El presente aporte al tema I, está referido exclusivamente a la compraventa entre cónyuges, atento a que con frecuencia se nos presentan en nuestra actividad profesional casos concretos entre cónyuges divorciados a los que debemos dar respuesta.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**I. RÉGIMEN JURÍDICO**

Nuestro Código Civil a diferencia de otros no contiene ninguna norma genérica que permita o prohíba la contratación entre cónyuges, sino que ha adoptado el sistema por el cual su permisividad o prohibición está determinada específicamente en cada uno de los contratos en particular.

La norma que nos ocupa, el art. 1358, dice: "El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiere separación judicial de los bienes de ellos".

Reconoce su antecedente, según nota del codificador, en el art. 1595 del Código Civil Francés que admitía excepciones a dicha prohibición, como en el caso de que uno de los esposos cediera bienes al otro separado judicialmente, de los suyos, en pago de sus derechos.

Esta última parte de la norma, ¿a qué situación jurídica se refiere? ¿Abarca el caso de divorcio en el régimen vigente? ¿Vélez se apartó de su antecedente sancionando un régimen más riguroso que no admite excepciones?

Para una mejor interpretación de la misma, debemos analizarla en su contexto legal y no aisladamente, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos ante una "incapacidad de derecho" que no puede crearse por vía de extensión o de analogía.

Al sancionarse la ley 17711, la modificación sufrida por el art. 1306 produjo una variación en el sistema que regulaba las acciones de divorcio y separación de bienes. En su antigua redacción en su parte pertinente decía: "En caso de divorcio el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de los bienes"... En ese régimen las acciones de divorcio y separación de bienes eran independientes entre sí, siendo esta última facultativa del cónyuge inocente. En su nueva redacción dice: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal. . . " o sea que actualmente una acción conlleva la otra y no se admite el divorcio sin separación de bienes ni separación de bienes sin divorcio por imperio de la ley. En cambio los artículos 1292 y 1294 que contemplaban los casos de separación judicial de bienes sin divorcio, derecho que asistía a la mujer en caso de mala administración del marido o cuando hubiese concurso de acreedores, no fueron modificados. De la relación de estos artículos (1292, 1294 y 1306 en su nueva redacción), debemos interpretar que el alcance de la última parte del art. 1358 queda limitada en la actualidad exclusivamente a los casos de separación judicial de bienes, sin que medie sentencia de divorcio.

Reafirma lo expuesto el art. 3969 del Código que dice: "La prescripción no corre entre marido y mujer aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente. En este caso Vélez Sársfield contempla la situación de los cónyuges divorciados en forma clara y manifiesta, por lo que entendemos, siguiendo una línea coherente, que al no mencionar en forma expresa esta situación jurídica en la parte final del art. 1358, la ha excluido.

El fundamento de la norma radica en evitar que se altere el régimen

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

patrimonial de los bienes de la sociedad conyugal mediante donaciones encubiertas, ya sea por la influencia que uno de los cónyuges pudiera ejercer sobre el otro, o que por confabulación de ambos se perjudique o menoscaben los derechos de terceros. Al respecto cabe hacer notar que el art. 1807 en su parte pertinente dice: "No pueden hacerse donaciones los esposos el uno al otro durante el matrimonio..." y el art. 1820: "Las donaciones mutuas no son permitidas entre los esposos". De la interpretación de dichos artículos surge que nada obsta a que tal contratación pueda efectuarse después de que medie sentencia de divorcio, y si el legislador al regular el régimen de la donación limita la prohibición al matrimonio vigente, carece de sentido el hacerla extensiva a la compraventa después del divorcio.

## II. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

Las opiniones doctrinarias, se encuentran divididas entre quienes sostienen la existencia de la prohibición de los cónyuges divorciados a realizar contratos de compraventa entre sí, y contrariamente los que se inclinan por la tesis de que nada obsta a ello. Entre los sostenedores de la prohibición, se encuentran López de Zavalía, Lafaille, Borda, Belluscio y Llerena, quienes basan su postura en la necesidad de evitar que por confabulación de los cónyuges, pudieran ser vulnerados los derechos de los terceros, pues los derechos de éstos podrían ser burlados ante el traspaso de los bienes de uno al otro; y el temor a que la influencia de uno de los cónyuges sobre el otro despoje a éste. Esos argumentos son los mismos que los utilizados para la prohibición de la venta entre cónyuges no divorciados, quiere decir, que a la luz de una nueva situación, el divorcio, no habría para ellos producido variantes en cuanto al impedimento. Más que en un convencimiento acerca de la conveniencia jurídica y razones prácticas, basan sus adhesiones en la fría letra de la ley, que según sus criterios, así lo impone. Una acabada muestra de ello es la opinión de Borda(1)(449) al respecto, ya que manifiesta que la cuestión debe resolverse en sentido negativo, pues el artículo 1358 establece expresamente la prohibición y luego agrega que le parece una "restricción excesiva" y que no resulta razonable el mantenimiento de la prohibición legal.

Las consideraciones de López de Zavalía, también atienden a razones de la misma naturaleza aunque con un matiz algo diferente. Para este autor, como la incompatibilidad rige "aunque hubiera separación judicial de bienes" y si bien es cierto que ésta es distinta a la separación personal, como ésta acarrea aquélla, y la ley no ha distinguido entre las causales que la provoca, involucraría también a la que proviene del divorcio(2)(450), es decir una interpretación por extensión. Entre los que están por la postura "permisiva", se encuentran Machado, Fassi Bossert, Mazzinghi, Spota, Lagomarsino y Zannoni, entre otros, y distinguidos doctrinarios franceses, cuna del artículo 1358 de nuestro código, como Colin et Capitant y Planiol et Ripert. Esta postura no arranca en los últimos años y a un amparo de las reformas

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

habidas en la materia, ya que a fines del siglo pasado, Machado(3)(451) ya exponía que el caso de divorcio con separación de bienes, no estaba comprendido en las prohibiciones del art. 1358, pues la mujer recobraba su capacidad y podía ejercer todos los actos de la vida civil, era luego del divorcio una persona extraña al marido, que trabajaba y tenía actividades completamente diferentes y se pregunta: ¿Qué influencia puede ejercer el marido en una persona libre? Los temores de la ley han desaparecido así como también la confabulación para defraudar a los acreedores. Autores contemporáneos como Fassi - Bossert y Lagomarsino, coinciden que en el régimen originario del Código Civil, de acuerdo al art. 1294, la mujer podía pedir la separación de bienes sin divorcio, originándose así un sistema mediante el cual los cónyuges tienen separados sus bienes, pero continuaban unidos personalmente, de modo tal, que la prohibición de efectuarse compraventas mutuas tenía el mismo sentido que la prohibición del matrimonio no separado de bienes, y no se incluye expresamente una aclaración con respecto al divorcio por tratarse de un caso distinto, donde la desvinculación no sólo es patrimonial sino también personal, y además coinciden en que tratándose de una incapacidad de derecho, debe ser interpretada con carácter restrictivo y no extenderla, por analogía, a otros supuestos que la norma no indica(4)(452).

A todas estas consideraciones no han quedado ajenas las prácticas usuales que configuran el "derecho vivo", que no es posible ignorar y que recepta muy acertadamente Mazzinghi, cuando nos recuerda que es frecuente que la liquidación de la sociedad conyugal se realice por partición privada, y que los cónyuges efectúen entre sí ventas y permutas sobre las partes indivisas que les correspondan con respecto a los bienes gananciales; el mismo autor sostiene que en la actualidad no existe separación de bienes sin divorcio y éste acarrea necesariamente la disolución de la sociedad conyugal, y si bien el divorcio no afecta la subsistencia de dicho vínculo, el problema de los bienes es independiente, pues la sociedad como tal, quedó disuelta y los cónyuges se transforman en extraños en materia patrimonial, por lo tanto, la prohibición ha perdido sentido(5)(453).

Como corolario de las interpretaciones doctrinarias, creemos que Spota pone las cosas en sus justos términos, al expresar que en la comprensión de la regla general no procede quedar anclado a una interpretación gramatical, una armoniosa consideración de todos los elementos que deben aportarse en la comprensión de la norma nos lleva a considerar el fundamento jurídico o la finalidad perseguida por la ley, ateniéndonos a una sana estimativa, donde prevalezcan los valores éticos, económicos y sociales(6)(454). Desde ese punto de vista, él no duda en aseverar que la prohibición de celebrar contrato de compraventa entre marido y mujer, deja de tener su razón de ser cuando el peligro que la ley quiso evitar, resulta imposible, difícil o remoto y "siempre que el negocio jurídico celebrado se justifique frente a esas valoraciones que el intérprete no puede dejar de tener en cuenta si no quiere divorciarse de la vida del derecho".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**III. JURISPRUDENCIA**

Si bien la jurisprudencia no es abundante en este tema, encontramos fallos donde se ha dejado de lado la prohibición del art. 1358 así lo resolvió la Cámara Nacional Civil para el caso de que uno de los cónyuges adquiriera en subasta pública bienes que eran parte de la sociedad conyugal que se disolvía, solución por demás razonable, ya que siendo la venta en remate público una consecuencia de un mandato judicial, desaparecerían los peligros que la ley quiso evitar. De igual forma la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, no aplicó la prohibición del art. 1358, permitiendo que uno de los esposos vendiera un inmueble a una sociedad de la cual formaba parte el otro cónyuge. Más recientemente, en diciembre de 1981, la Cámara Nacional Civil, ha dictado un fallo que significa un gran avance en la materia y podría calificarse de verdadero "leading case", en un recurso de recalificación, en contra del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, por la negativa de éste a inscribir una escritura de compraventa de partes indivisas entre cónyuges divorciados. En el caso específico, los cónyuges ya se encontraban divorciados cuando efectuaron la compra del inmueble, del que luego uno le vendía partes indivisas al otro, y la Cámara revocó la Resolución del Registro, ordenando la inscripción correspondiente. Caben destacarse entre sus considerandos "...Cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio lo hizo en forma expresa. Así en el art. 3969 dispone que la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente. Entonces si al regular el instituto de la prescripción se alude expresamente al divorcio y no se hace lo mismo en materia de interpretación restrictiva, como lo referido a la capacidad de contratar, debe entenderse que los esposos divorciados pueden celebrar contratos de compraventa entre sí... Por lo demás, conviene destacar que no es posible que el intérprete maneje los artículos del código en un estado de indiferencia por sus resultados... No parece razonable presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal, se confabulen para defraudar a terceros... Tampoco cabe pensar que la mujer divorciada necesita ser protegida jurídicamente de su marido, máxime después de la sanción de la ley 11357".

Más allá de ser una sentencia judicial, la Cámara ha fijado una posición con respecto al tema, que recepta la opinión mayoritaria de la doctrina teniendo en cuenta "la solución más valiosa". Como consecuencia directa de este fallo el Registro de la Propiedad cambió su posición respecto de estas escrituras, dictando la orden de Servicio N° 33, del 16 de abril de 1982 que dice: "No será aplicable a los supuestos de compraventa celebrados entre cónyuges divorciados, la prohibición contenida en el art. 1358 del Código Civil, por lo que en tales casos, los documentos que contengan a dichos actos jurídicos no deberán merecer por tal causa, en su calificación el tratamiento que establece el art. 9º, inc. a) de la ley 17801.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**IV. CONCLUSIONES**

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que en doctrina los autores favorables a la prohibición, se han detenido en la exégesis sin adentrarse en el espíritu de la ley, ni han considerado su evolución y cambios. Es decir, defienden la norma por la norma misma. Los autores permisivos por su parte, hacen una interpretación más acabada, con argumentos de una entidad tal, que a nuestro entender, son incontestables y a su vez contemplan el histórico devenir del derecho, que debe estar al servicio en los hombres y prestar la ayuda necesaria para su interrelación. Paradójicamente, los que están por la prohibición, por un lado, se basan en las palabras del artículo 1358, y por otro, le hacen decir lo que no dice expresamente, ya que corresponde interpretar el artículo según lo que efectivamente dice: La compraventa está prohibida entre marido y mujer "aunque hubiese separación judicial de bienes de ellos" y no según lo que no dice; pues dicha frase no puede considerarse equivalente a la que dijera "aunque estuvieran divorciados", porque en el sistema del Código, ambas situaciones eran distintas e independientes, y si el codificador ha aludido a la "separación de bienes" no se debe leer el artículo como si dijera "divorcio". Es verdad que la reforma del 1306 en cuanto al divorcio y la separación de bienes, ha venido a producir una relación estrecha entre ambas situaciones, como que hoy en día no se puede estar divorciado, sin que ello conlleve la separación de bienes, pero interpretando cabalmente el contenido de la norma; aun en el contexto originario, su sentido era prohibir la compraventa entre cónyuges no divorciados, pues respecto de los divorciados la norma carece de sentido. Rota por el divorcio, la relación personal que liga a las personas casadas, no se ha de temer que una de ellas ejerza influencia sobre la otra y le extraiga una donación que se disfrace de compraventa, máxime cuando hemos visto que disuelta la sociedad conyugal, también es posible efectuarse donaciones entre los cónyuges divorciados; ni tampoco aparece como verosímil una confabulación de ambos para perjudicar a terceros. De todos modos y para dar término a las controversias existentes, vemos conveniente la reforma del artículo 1358 in fine, receptando la doctrina predominante y ahora también la jurisprudencia, cambiando "aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos", por una fórmula al estilo del art. 1796 del Código Chileno que dijera "salvo que estén divorciados" o bien tomando los conceptos del art. 1908 del Anteproyecto de 1954, sustituyendo la última parte por "mientras subsista la sociedad conyugal", términos éstos que nos parecen más adecuados, por contemplar más acabadamente el concepto y el sentido de la norma. De esta forma no cabrán dudas acerca de los alcances del artículo, y se lograría plenamente la finalidad perseguida por el precepto jurídico en el entendimiento de que las normas jurídicas, si bien deben proteger en las situaciones que así lo requieran, no deberán entorpecer las relaciones entre las personas, cuando no se den más tales situaciones.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**V. BIBLIOGRAFÍA**

- Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos, Buenos Aires, 1969.
- Belluscio, Augusto C., Nociones de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1967.
- Fassi - Bossert, Sociedad Conyugal.
- Lafaille, Héctor, Curso de Contratos, Buenos Aires, 1927.
- Lagomarsino, Carlos A. R., La Ley, t. 136.
- López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los Contratos. Parte Especial, Buenos Aires, 1976.
- Llerena, Baldomero, Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1900.
- Machado, José Olegario, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1899.
- Mazzinghi, Jorge Adolfo, Derecho de Familia.
- Planiol et Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, 1940.
- Spota, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, 1978.